

LAVADO DE DINERO O LEGITIMACIÓN DE CAPITALS EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE

ÁLVARO CAMILO BERMÚDEZ GÓMEZ¹

Graduado Facultad de Derecho
Universidad Centroamericana

1. Introducción

En países capitalistas, uno de los resultados más conspicuos y escandalosos de la delincuencia organizada, el exceso de dinero, se erige como un sofocante trampa para ciertos comerciantes que sucumben ante la seducción de recibir dinero tan solo por prestar su imagen, sus instalaciones o su nombre mismo.

El delito generador del recurso no necesariamente lo comete el comerciante, quien, en un principio, sólo se ve como el vehículo que facilita al delincuente la solución del problema de no saber qué hacer con sus recursos.

En ese sentido, el problema social que conlleva el delito de *Lavado de Dinero o Legitimación de Capitales*, como actividad asociada a la comisión de delitos graves, y en nuestra legislación² relacionada únicamente al narcotráfico, afecta la estabilidad política, económica, y social nicaragüense.

El Lavado de Dinero o Legitimación de Capitales se puede considerar como un "servicio de apoyo" que permite a los delincuentes disfrutar de los beneficios

1 Resumen del Estudio Monográfico presentado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, para optar al título de Licenciado en Derecho, que obtuvo la máxima calificación "cum laude".

2 Ley No. 285. Ley de Estupefacentes, Psicotrópicos, y Otras sustancias controladas; Lavado de Dinero y Activos provenientes de actividades ilícitas, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 70 del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

de sus negocios de manera "legal", es decir, el dinero se lava para encubrir actividades delictivas asociadas con el tráfico de estupefacientes³.

En consecuencia, el gran reto que enfrentamos los nicaragüenses consiste en fortalecer y perfeccionar el marco jurídico recientemente establecido para combatir este fenómeno, con la intención de impedir que Nicaragua sea utilizada por delincuentes organizados para el lavado de sus ganancias ilícitas, y con ello proteger la estabilidad e integridad de nuestra nación.

2. Antecedentes

En 1984, la preocupación de las Naciones Unidas por la criminalización del Lavado del Dinero o Legitimación de Capitales era aún de carácter secundario. Es así, por ejemplo, que en el documento sobre "Estrategias y Políticas Internacionales de Fiscalización de Drogas" de 1982, la ONU al debatir las alternativas para la reducción del Tráfico ilícito de Drogas, se limitaba a sugerir como política complementaria: "identificar transacciones financieras vinculadas al Tráfico ilícito de Drogas y disponer que las sentencias garanticen la pérdida, por los traficantes, de cualquier beneficio que hubieren obtenido. Se debe examinar otras medidas posibles para privar a los infractores del producto de sus delitos⁴".

La "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que se aprobó en el marco de la Conferencia ONU celebrada en Viena entre el 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988⁵, suscrita y ratificada por el Estado de Nicaragua en La Gaceta, Diario Oficial No. 45 del cinco de marzo de mil novecientos noventa.

La Convención de Viena avala, pues, la alternativa criminalizadora de la Legitimación de Capitales o Lavado de Dinero como medida efectiva para agotar la operatividad del narcotráfico, a través de la detección e intervención de sus bienes de capital, lo que traería consigo la inmovilización económica y financiera de las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito.

3 DUNCAN, Alford. "Anti money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions". N.C. Int'l Law, núm 19, pp 437 - 468, 1994. El tráfico de estupefacientes se ha convertido en un delito y en problema internacional que continúa aumentando. El Lavado de Dinero otorga y presenta al traficante un panorama lucrativo al permitirle invertir sus ganancias, provenientes del narcotráfico, en negocios legítimos.

4 División de Estupefacientes. Estrategias de Políticas Internacionales de Fiscalización de Drogas, Naciones Unidas, New York, 1982, p. 15.

5 Consejo Económico y Social. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Documento E/CONF.82/15, del 19 de diciembre de 1988, véase artículo 5.

La Convención de Viena consagró, pues, a la Legitimación de Capitales o Lavado de Dinero, como un delito independiente y asimilable a través de sus formas de realización a una "variedad singular de receptación"⁶. De otro lado, la amplitud de conductas susceptibles de considerarse derivadas o conexas con los ingresos del tráfico ilícito de drogas permitirían, que en lo sucesivo "el dinero proveniente del narcotráfico que se invierta en una industria o en un comercio ilícito, los bienes de ese comercio o de esa industria, sería indirectamente derivados de la actividad ilícita y como tales deben ser entendidos como producto y de acuerdo a lo pactado internacionalmente, serían susceptibles de ser decomisados"⁷.

De la suscripción de los Tratados, Convenciones, Acuerdos, y demás compromisos internacionales antes mencionados asumidos por el Estado de Nicaragua, la Asamblea Nacional en el año de mil novecientos noventa y nueve aprueba y promulga la Ley No. 285, Ley de Reforma y Adiciones a la Ley 177, "Ley de Estupefacientes, Sicotropicos y Otras Sustancias Controladas, Lavado de Dinero y Activos Provenientes de Actividades Ilícitas", publicada en la Gaceta Diario Oficial, No 89 del 15 de abril de mil novecientos noventa y nueve.

3. Consideraciones Generales

En el panorama internacional se viene prestando un inusitado interés a un fenómeno que se conoce con el nombre de lavado de dinero, término éste que, pese a su escaso rigor técnico, ha sido adoptado en nuestra legislación nacional, quizá, en parte, por el poco o nulo conocimiento de nuestros legisladores en el surgimiento y creación de nuevos tipos penales⁸. Además, éste término ha sido adoptado por diferentes foros internacionales y legislaciones internas de distintos países. Ni que decir tiene que se trata de una expresión sumamente gráfica, pero, según comprendemos, el mismo objetivo se conseguiría de

6 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*. Ed. Tecnos. Madrid, 1989, p. 18.

7 SAAVEDRA ROJAS, Edgard. *La Política Criminal del Narcotráfico consecuencia de la Convención de Viena de 1988*. Transcripción de la Conferencia pronunciada el 28 de abril de 1989 en la Universidad de Cartagena, p. 28 s/d. Sobre la aplicación del comiso véase: Bárbara Huber, El Comiso de las Ganancias en el Derecho Penal con Especial Referencia a la Legislación sobre Drogas, en Actualidad Penal No. 19, 1990, p. 163 y ss.

8 Tal es el caso cuando se discutió la Ley No. 285, el Diputado Noel Pereira Majano, en unas de sus intervenciones (ver folio 318 del Diario Debate), propuso sin ninguna argumentación, que debería cambiarse Legitimación de Capitales, por Lavado de Dinero. Tal moción fue aceptada favorablemente. Vid. Anexos.

emplearse el término legitimación de capitales que, además de ser igualmente descriptivo, es técnicamente más correcto⁹.

3.1 Precisiones terminológicas

Aunque los objetivos del presente estudio no incluye un detallado análisis de la terminología utilizada para referirse al objeto de nuestro trabajo, el caos terminológico que rodea las diferentes expresiones con las que se pretende hacer alusión a este fenómeno nos obliga a referirnos, siquiera brevemente, a esa cuestión.

3.1.1 Empleo de los términos legitimación, lavado y blanqueo

Siendo la legitimación de capitales una realidad económica relativamente novedosa, no puede hablarse de una terminología universalmente aceptada, aunque ya existen neologismos en las principales lenguas para referirse a este delito.

El primer intento de introducir el término lavado en nuestra legislación, data del Proyecto Ley de Reformas y Adiciones a la Ley No. 177, de junio 1998.¹⁰ Con posterioridad, el legislador adoptó expresamente el término "lavado" en la "Ley No. 285. E igualmente los Juzgados han recurrido a este *nomen iuris* en variadas ocasiones¹¹.

Etimológicamente la acepción "lavado", que ahora nos ocupa, deriva del inglés *money laundering*. Esta expresión se popularizó a finales de los años setenta en la jerga utilizada por los mafiosos estadounidenses, que ironizaban sobre las existencias de una cadena de lavanderías que era empleada para invertir el dinero procedente de la venta de heroína colombiana, mezclándolos con fondos lícitos para encubrir el origen.

Es cierto, por tanto, que en sus inicios este término surge dentro de la jerga de propia de los delincuentes, pero el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia recoge, siquiera parcialmente, este significado de "lavar", cuya

9 Asimismo han manifestado la preferencia por tal expresión, entre otros, RAMÍREZ MONAGAS, B., ZAMBRANO, K., OCHOA, S., LOVERA, A. y MILLAN L., en Legitimación de capitales (legislación referida al lavado de dinero), en La cuestión de las drogas en América Latina. Caracas, Venezuela, 1991, p. 495.

10 Vid. Proyecto Ley de Reformas y Adiciones a la Ley No. 177, de junio 1998, p. 25.

11 Vid. Sentencias números 559/02 y 760/02 del Juzgado Primero del Crimen de Managua.

12 Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Espasa Calpe, 1992, p.210.

sexta acepción es "ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables".¹²

El caos terminológico en esta materia también se debe en buena medida al empleo de una infinidad de neologismos utilizados como sinónimos y que encuentran su origen entre otros vocablos extranjeros. A continuación procederemos a analizar detenidamente los más frecuentes:

a) Legitimación: Deriva del término italiano: *legitimare*. Ha sido muy poco utilizado por la doctrina, no obstante, a nuestro parecer es el más apropiado¹³. En el lenguaje común este término se reserva para las técnicas de legalización de diferentes cuestiones. Desde luego, nada impediría que el mismo término tuviera dos acepciones técnicas radicalmente distintas en dos sectores del conocimiento tan diferenciados como la vida diaria y la Ciencia Jurídica, pero podemos cuestionar que sea acertado designar del mismo modo algo tan positivo como es la legalización de documentos procedentes del exterior y algo tan negativo como lo es la legitimación de capitales.

b) Lavado: Su empleo se debe a una traslación del inglés *money laundering* o del alemán *geldwashe*. Se trata del término más extendido en la doctrina latinoamericana¹⁴, pues ésta es la expresión que utiliza el "Reglamento modelo americano sobre delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos", del 23 de mayo de 1992.

c) Blanqueo: Se correspondería con el francés *blanchiment*. Éste es sin lugar el vocablo más empleado en la doctrina europea¹⁵, aunque algunos autores reco-

13 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. "El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada", CAJ, 1998, p. 1.

14 Vid. LANGÓN CUÑARRO, Miguel. "La Convención de Viena de 1998 y los Reglamentos modelos sobre los delitos de lavado de dinero y precursores químicos de estupefacientes y sicotrópicos", RIUDP, 1992, p. 25; ESCOBAR, Raúl Tomás, "El crimen de la droga", Bs. As. Universidad, 1992, p. 381.

15 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "La política sobre las drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1987, p. 395; ABEL SOUTO, Miguel. "Normativa internacional sobre el blanqueo..." op. Cit., p. 10; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. "Consideraciones de urgencia sobre la ley orgánica 8/1992", en ADPCP, mayo-agosto, 1993, p. 515.

nocen, pese a utilizarlo, que su empleo se debe a la influencia de otras lenguas, y subrayan su escaso rigor técnico¹⁶.

3.2 El Concepto de legitimación

Nuestra legislación No. 285 no sólo elude el término "legitimación", sino que tampoco define expresamente qué debe entenderse por tal delito. Tampoco los distintos estudiosos del tema han llegado a un consenso, pues existen muy diversas opiniones sobre esta cuestión.

3.2.1 Características comunes a las distintas definiciones doctrinales

a) Una primera característica de legitimación que la doctrina se ha esforzado en resaltar es la riqueza de mecanismos empleados para la comisión de este delito¹⁷.

b) Es una constante en la doctrina la idea de que la legitimación es un proceso, que puede tener un claro punto de partida, pero del que difícilmente puede señalarse su final, porque el proceso de legitimación siempre es perfeccionable, siempre cabe realizar una nueva operación que distancie aún más el bien de su ilícita procedencia¹⁸. Las principales técnicas de legitimación se basan en sucesivos enmascaramientos del origen delictivo del bien que se pretende legitimar. Pero ello no impide que existan ciertas técnicas de legitimación que de un

16 Vid. GÓMEZ INIESTA, Diego. "El blanqueo de capitales en el Derecho español", Barcelona, Cedecs, 1996, p. 20; DIEZ RIPOLLÉS, a pesar de ser uno de los primeros autores en haber utilizado éste término, manifiesta su preferencia por cualquier otra expresión que superara solo términos metafóricos. Cfr. José Luis DIEZ RIPOLLÉS. "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", en Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, p. 186.

17 Haciendo gala de un lenguaje profundo, ESCOBAR define el lavado de dinero como el procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades (armamento, prostitución, trata de blancas, delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico), son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardides tan heterogéneos como tácticamente hábiles. Vid. Raúl Tomás ESCOBAR. "El crimen de la droga", Bs. As., Universidad, p. 381.

18 Eduardo FABIÁN CAPARRÓS define el blanqueo como un proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad. ABELSOUTO, Miguel. "Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero". Vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. "El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales", Marcial Pons, p. 115.

modo puntual puedan dar apariencia de legalidad al disfrute de un determinado capital. Desde esta perspectiva, rechazamos la consideración dogmática del delito de legitimación como un delito permanente¹⁹.

c) Todos los autores coinciden al señalar que los objetivos perseguidos en la legitimación son la ocultación de las ganancias del delito y la introducción de las mismas en la economía legal. Pero la forma de entender la relación entre esas dos metas de la legitimación varía en las distintas definiciones.

Así, algunos se centran en la intención de ocultar el origen de los fondos siendo la introducción de los capitales en los círculos económicos legales una consecuencia supeditada a ese objetivo prioritario. Por el contrario, otros autores resaltan la intención de incorporar los fondos ilícitamente obtenidos al tráfico económico legal. Para ellos, la ocultación de ese origen de los fondos es tan sólo una condición para su plácido disfrute²⁰.

Tampoco falta quienes aúnan ambas perspectivas, exigiendo tanto la voluntad de invertir los fondos en la economía legal, como la de encubrir su origen.

3.2.2 Nuestro concepto de Legitimación de Capitales

Como hemos mencionado con antelación, las distintas concepciones doctrinales sobre legitimación pueden dividirse en dos posiciones antagónicas –una que considera que la legitimación se basa en la ocultación de los bienes de ilícita procedencia y otra que sostiene que lo fundamental en la legitimación es la reintroducción de esos bienes en la economía legal-. Lógicamente, ambas perspectivas se hallan estrechamente vinculadas, pues no se puede introducir el bien en la economía legal sin ocultar su ilícita procedencia, y toda introducción de ese bien en el tráfico económico legal, le otorga una apariencia de legalidad que dificulta la averiguación de su origen y disminuye las posibilidades de

19 Por ejemplo, Arturo FERNÁNDEZ ALBOR considera que la legitimación de capitales debe entenderse como el proceso por el cual se oculta la existencia, el origen y la inversión de ingresos ilegales, y se encubren para que parezca legal. *Vid.* FERNÁNDEZ ALBOR, Arturo. *Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas*. Valencia, 1997, p. 165.

20 Díez RIPOLLÉS parece relegar a un segundo plano esa intención de ocultación que antes analizábamos, centrándose sólo en la integración de los bienes. Así, para este autor, la legitimación consiste en los diversos procedimientos por los que se aspira a introducir en el tráfico económico financiero legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas, posibilitando un disfrute de aquellos jurídicamente cuestionados. *Vid.* José Luis Díez RIPOLLÉS. *“El delito de blanqueo...”*, op. Cit, p. 182.

decomisarlo. Pese a ello, creemos que una adecuada definición de legitimación pasa por centrarnos en la incorporación de los capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales. Y ello por dos razones: en primer lugar, se opta por situar en el eje de la legitimación la ocultación del origen, se desdibujan extraordinariamente las fronteras entre el delito de encubrimiento y un delito de legitimación concebido. Y en segundo lugar, porque sólo partiendo de que la legitimación atenta contra un justo orden socioeconómico, encuentran estas conductas un fundamento sólido para su punición. La diferenciación entre economía legal e ilegal puede resultar resbaladiza desde un punto de vista exclusivamente económico, pero debiera estar clara desde una perspectiva jurídica. Y precisamente el delito de legitimación está llamado a tutelar esa frontera entre el tráfico económico legal y el ilegal.

3.3 Fases del Proceso de Legitimación

Puesto que la legitimación desde una perspectiva criminológica es entendida como un proceso, la doctrina se ha esforzado por delimitar las concretas etapas que atraviesa sucesivamente ese proceso. A continuación los procesos de legitimación de capitales más connotados por la doctrina.

3.3.1 Modelo de tres fases del GAFI²¹

Este esquema ha sido defendido por la Banca de la Comunidad Europea en su Guía contra el blanqueo de dinero de 1991, y es seguido por la gran mayoría de los autores. Desde esta perspectiva, el proceso de legitimación consta de las siguientes fases:

a) Introducción (Colocación, Inserción, Sustitución): Es la etapa inicial para lavar el dinero ilegal, este cambia de ubicación colocándose más allá del alcance de las autoridades. b) Intercalación de las divisas: Es la segunda etapa del proceso legitimador de capitales, y consiste en intercalar varios negocios con instituciones financieras, ya sea en forma física, por medio del depósito o por transferencia electrónica. c) Integración del dinero a la economía formal: La integración del dinero a la economía formal implica el desplazamiento de los fondos hacia empresas o negocios legítimos encargados de incorporar los bienes obtenidos lícitamente.

21 El Grupo de Análisis Financiero Internacional (GAFI) fue creado durante la junta del Grupo de los Siete (G7) realizada en París, Francia, en 1989. El G7 solicitó al GAFI un estudio sobre las medidas que debían desarrollarse para prevenir la utilización de las instituciones financieras por los legitimadores de dinero, así como la elaboración de recomendaciones para mejorar la cooperación internacional en contra de este delito. *Vid.* ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro. "Marco jurídico del lavado de dinero", COJ, Oxford, 1999, p. 62.

3.3.2 Modelo naturalista de ZÜND

ANDRÉ ZÜND²² recurre a la circulación natural del agua para explicar los ciclos de legitimación. Se trata de una comparación no exenta de cierto romanticismo, cuyo principal defecto es, sin duda, su innecesaria complejidad²³:

a) Precipitación: Hace referencia a la producción de dinero generado por la actividad ilícita. Normalmente se trata de billetes pequeños. b) Filtración: Consiste en una primera depuración de los fondos, que tras ser recogidos sufren una primera transformación, por ejemplo, a otros billetes de mayor cuantía. c) Ríos subterráneos: Al igual que existen corrientes de agua en la capa freática, el dinero fluye gracias a los contactos de las organizaciones criminales y se va transformando en otros bienes. d) Lagos subterráneos: Como preparación para su transferencia al extranjero, el dinero se reúne y entrega a otra empresa especializada en legitimar fondos que realizará su función a cambio de una comisión. e) Nueva acumulación en lagos: Los fondos son transferidos a otros especialistas en legitimación que se encuentran en el extranjero. f) Estación de bombeo: Se trata de la introducción del dinero en la economía legal a través de cuentas en bancos o la compra de activos financieros opacos. g) Instalación de una depuradora: Una nueva maniobra consiste en interponer un testaferro. h) Utilización de esos recursos: Reagrupando los fondos dispersos y seleccionando inversiones legales a medio y corto plazo. i) Evaporación: Se reintegra al país de destino. j) Nueva precipitación: Los capitales aparentemente legalizados se invierten o se destinan al mantenimiento de la organización criminal, pago de sobornos. Con ello se cierra el círculo que vuelve a retroalimentarse.

3.3.3 Modelo propuesto PAOLO BERNASCONI²⁴

Sostiene este Profesor que la legitimación de capitales surge en dos etapas:

a) Primera Etapa o *Laundering*: La primera etapa se desarrolla en un breve espacio de tiempo, y se centra en hacer desaparecer los indicios que conectan los bienes con su ilícita procedencia, sobre todo para que no puedan ser decomisa-

²² Vid. ZÜND, André. "El lavado de dinero y sus conformaciones", Marcel Pons, Madrid, 1990, p. 403.

²³ Es por eso que André ZÜND no la aplica directamente a ningún ejemplo, lo cual hubiera sido didáctico, pues a veces cuesta trabajo situar la frontera entre dos etapas diferenciadas a escala teórica.

²⁴ Vid. BERNASCONI, Paolo. "Legitimación y organizaciones criminales", Finanzas, 1989, p. 25.

dos o empleados como pruebas. b) Segunda Etapa o Legitimación: Se trata de operaciones a medio o largo plazo con el objetivo de reintroducir el producto de las actividades delictivas en la economía legal, persiguiendo la total confusión entre ese patrimonio ilícito y los rendimientos de las actividades legales.

3.3.4 Modelo propuesto por ACKERMANN²⁵

ACKERMANN propuso un modelo teleológico que se inspira en los objetivos últimos de cada etapa de legitimación, y que parte de la premisa de que cada acción realizada por el legitimador está condicionada por el fin inmediato que persigue, por las posibilidades concretas de actuar y por los factores favorables que se presenten, por ejemplo, el sigilo bancario.

El Profesor ACKERMANN hace una distinción entre los objetivos principales, secundarios y complementarios. Entre los objetivos principales estaría evitar el comiso y asegurar el disfrute, fundamentalmente a través de la ocultación física de los bienes. Como objetivos secundarios, señala la confusión de esos bienes con otros de origen legal, su inversión, la evasión del pago tributario, y la financiación de nuevas actividades delictivas. Como objetivo complementario, se cita el impedir la condena de los autores del delito previo.

3.3.5 Nuestro criterio

No se agotan en todos los modelos, cuáles son las etapas que atraviesa el proceso de legitimación²⁶. Pese a ello, no hemos creído conveniente profundizar aún más en esta cuestión, pues, ni desde un punto de vista dogmático, ni desde una perspectiva criminológica, hemos podido encontrar utilidad a la división en fases del proceso de legitimación como instrumento para el análisis de este delito. Por ello, consideramos que los diferentes modelos propuestos no constituyen sino creaciones teóricas de difícil aplicación práctica. Muestra de ello es la práctica inaplicación de esos comportamientos herméticos a la descripción de mecanismos de legitimación, pues estos pueden ubicarse indistintamente, bien en una primera fase, bien en otra, sin que pueda establecerse una rígida distinción.

25 Vid. ACKERMANN. "Money Laundering", Suiza, 1990, p. 1992.

26 No obstante, ese intento no ha tenido mucho éxito, a tenor de los problemas concursales que provocan un continuo solapamiento de unas normas con otras. Crítico con este aspecto de la regulación italiana se muestra Gerardo COLOMBO. "El reciclaje...", op. Cit., p. 130

4. Lavado de Dinero o Legitimación de Capitales en el Derecho Internacional

Son tres textos internacionales de trascendencia notoria los que incidieron determinadamente en la punición del lavado de dinero o legitimación de capitales a nivel internacional. A saber: 1. La Convención de Viena de 1988; 2. La Convención del Consejo de Europa de 8 de noviembre de 1990 o Convención sobre Lavado de Dinero, Búsqueda, Decomiso y Confiscación de Ingresos Provenientes de Delitos, de 1991 y 3. Reglamento Modelo sobre Delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y delitos conexos, elaborado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) en 1992.

4.1 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

Es innegable la importancia de esta Convención, ya que adopta medidas novedosas en la lucha contra el narcotráfico, tales como el castigo de los precursores, un régimen de comiso especial o la aceptación de la llamada "Entrega Vigilada". Pero, no siendo el momento oportuno de detenernos en un análisis pormenorizado de dichas medidas²⁷, centraremos nuestra atención únicamente en aquellas cuestiones directamente relacionadas con la legitimación de capitales, pues, como acabamos de ver, es la primera vez que en el ámbito internacional, se impone la obligación de incriminar esta conducta. Es preciso señalar que sólo se tipifica este delito en relación con los capitales procedentes del tráfico ilícito de drogas, de tal manera, que puede observarse en su origen una estrecha vinculación entre la legitimación de capitales y el narcotráfico.

27 DEL OLMO divide en dos apartados las disposiciones contenidas en este texto. En el primer apartado (artículos 1 a 19) pueden distinguirse, a su vez, tres partes. En la primera se enumeran los delitos: a) conductas relacionadas con los estupefacientes y sustancias psicotrópicas (producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, distribución, venta, entrega, transporte, envío, importación, exportación, cultivo, posesión y adquisición); b) conductas relacionadas con los equipos y materiales; c) conductas que se relacionan con los bienes; y, d) conductas relacionadas con el consumo personal. La segunda parte, dentro del primer apartado, se dedica a las medidas fundamentales a adoptar, como por ejemplo, el decomiso o la extradición. Y, por último, la tercera parte está destinada a reglamentar la cooperación internacional. El segundo apartado al que nos referíamos (artículos 20 a 34) se ocupa del cumplimiento de la Convención y prevé, entre otras cuestiones, las funciones de la Junta y de la Comisión, la entrada en vigor de la Convención, la solución de conflictos, etc. Sobre esta interesante problemática, Vid. DEL OLMO, Rosa. "La convención de Viena, en Narcotráfico: realidades y alternativas", Lima, 1990, p. 99 y ss.

Es precisamente este aspecto lo que manifiesta un considerable cambio en las directrices político criminales que orientan la lucha contra la narcoactividad. Así es por cuanto que mientras los tratados y convenios que anteceden a dicho texto²⁸ justificaban su existencia argumentando el interés de la comunidad internacional en sancionar el tráfico ilícito de drogas debido al intento de salvaguardar la salud física y moral de la humanidad, ahora se reconoce otros motivos que apuntan a la conveniencia de alcanzar un compromiso internacional.

En este sentido, puede leerse en el Preámbulo de la referida Convención que: “la producción, la demanda y el tráfico ilícito de estupefacientes, representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad... Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados... Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus niveles (...)”. Razones por las cuales - siguiendo con el Preámbulo - las Partes se muestran “decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”.

Del párrafo transcrito, resalta el especial énfasis que se pone en las indudables repercusiones económicas que tiene la problemática del narcotráfico. Un análisis detenido, podría demostrar que su contenido refleja más bien como se puede jugar con el lenguaje de una manera efectista, convirtiéndolo en un discurso ideológico. Es evidente, por ejemplo, que se recurre a palabras como amenaza, peligro, invadir, contaminar, corromper para crear miedo. Se quiere ocultar así el verdadero objetivo de la Convención. Es decir, el aspecto económico, aunque también está presente, de manera velada, lo político cuando se hace referencia a vínculos con otras actividades delictivas organizadas. Desde el primer párrafo, se observa cómo las bases económicas son las primeras que se menoscaban, olvidándose, por cierto, las sociales, a pesar de que la aparente preocupación es la salud y el bienestar.

28 Principalmente, la Convención de la Haya de 1912, Convención del Opio de 1914, Convención Única de 1961, Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y Acuerdo Sudamericano sobre estupefacientes de 1973. Sobre tal cuestión, puede verse, SOBERON GARRIDO, R. “La ley internacional en materia de lucha contra las drogas y los efectos en el ordenamiento jurídico de los países de la región”, en *Drogas y control penal en los Andes. Deseos, utopías y efectos perversos*. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994. p. 285 a 302; RICO, J. M. “Las legislaciones sobre drogas: origen, evolución, significado y replanteamiento”, en XXXV Curso Internacional de Criminología sobre Alcohol, drogas y criminalidad. Quito, 1984. Mecanografiado, p. 1 a 58

4.2 Convención sobre Lavado de Dinero, Búsqueda, Decomiso y Confiscación de Ingresos Provenientes de Delitos

Esta Convención trata de fomentar la cooperación entre todos los países para luchar contra la criminalidad grave y, para ello, debe emplear métodos modernos y eficaces en el ámbito internacional. Precisamente, uno de estos métodos es privar al delincuente del producto de sus delitos de tal modo, que lo que se pretende evitar es la libre circulación de capitales ilícitamente obtenidos

Cada parte habrá de adoptar las medidas legislativas y cualquier otra que sea necesaria para conferir carácter de infracción penal, conforme a su derecho interno, y siempre que se realicen intencionalmente, la conversión o transferencia de bienes que constituyan el producto de un delito, cuando tal conducta se haga con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de estos bienes, o de ayudar a cualquier persona que haya participado en la comisión de tales actos.

La Convención del Consejo de Europa no se refiere exclusivamente a bienes procedentes de la comisión de actividades delictivas procedentes del narcotráfico, pues, como ha observado el Profesor JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLES, "no pretende tener como delitos de referencia exclusivamente a los de tráfico de drogas sino que extiende su ámbito de aplicación a cualesquiera delitos que generen grandes beneficios económicos"²⁹. De tal manera que supone un paso más en la línea iniciada por la Convención de Viena extendiendo su aplicación a los beneficios obtenidos por las manifestaciones más graves de la criminalidad.

4.3. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves³⁰

La CICAD, a petición de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), encargó a un Grupo de Expertos la elaboración de un Reglamento Modelo que fue aprobado el 23 de mayo de 1992, y que viene a recoger las disposiciones plasmadas en la Convención de Viena de 1988 y en la

29 DIEZ RIPOLLES, José Luis. "El blanqueo...", op. cit., p. 586.

30 Se ha celebrado en los siguientes países: Santiago de Chile, Chile, en octubre de 1997; en Washington, D. C., Estados Unidos de Norteamérica, en mayo de 1998; en Buenos Aires, Argentina, en el mismo año; y en Tegucigalpa, Honduras, en octubre de 1998.

Declaración y el Programa de Acción de Ixtapa³¹ de 1990, donde se había enfatizado la necesidad de que los Estados miembros sancionasen penalmente todas aquellas actividades relacionadas con la legitimación de capitales procedente del narcotráfico y, del mismo modo, se estimó prioritario recomendar a los Estados que alentasen a los Bancos y demás instituciones financieras a cooperar con las autoridades competentes con el fin de impedir la comisión de estos delitos.

En primer lugar, es preciso recordar que mientras que la tantas veces aludida Convención de Viena únicamente sancionaba la realización de estos comportamientos cuando pudiera afirmarse el conocimiento que el autor tenía respecto del origen de los bienes involucrados en una operación de lavado, ahora, se extiende la responsabilidad penal a aquellos supuestos en los que el sujeto no conoce tal procedencia, pero debería conocerla o su ignorancia es intencional. Se eleva a la categoría de ilícito penal la modalidad imprudente de comisión, evitándose así las considerables dificultades probatorias que entraña la existencia de elementos subjetivos, aunque ello pueda suponer una ampliación desmesurada de la intervención del derecho penal en detrimento de otras ramas del ordenamiento jurídico que pudieran considerarse más eficaces; resintiéndose, por tanto, el principio de intervención mínima³².

Una segunda diferencia y, no de menor calado, puede apreciarse con respecto al propósito que debe guiar el actuar del legitimador para que su conducta sea

31 Del 17 al 20 de abril de 1990, tuvo lugar en Ixtapa (México) una reunión ministerial sobre el consumo, la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en la cual se aprobó la Declaración y el Programa de Acción de Ixtapa que, a su vez, reitera los principios recogidos en el Programa Interamericano de Acción de Río de Janeiro, en la Declaración de Guatemala "Alianza de las Américas contra el narcotráfico", en la Declaración y Acuerdos de Cartagena, en la Declaración Política y el Programa Mundial de Acción dedicado a la cuestión de la cooperación internacional contra la producción, la oferta, la demanda, el tráfico y la distribución ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobados por la XVII Sesión extraordinaria de la Conferencia Cumbre Ministerial Mundial para reducir la demanda de drogas y combatir la amenaza de la cocaína.

32 Conocido también como Principio de Subsidiariedad, Ultima Ratio y Carácter Fragmentario. Según LUZÓN PEÑA, este el Principio de Intervención Mínima, derivado directamente del de necesidad, el Derecho Penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar estos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho Civil, del Derecho Público o incluso medios extrajurídicos ha de retraerse el Derecho Penal, pues su intervención sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otros menos duras. Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Curso de Derecho Penal, Parte General I", HISPAMER, p. 82.

o no considerada delictiva. Al respecto, obsérvese que la Convención de Viena consideraba la legitimación de capitales como la conversión o transferencia de bienes que persiguiese un determinado propósito: la ocultación o encubrimiento del origen ilícito de los mismos o ayudar a quienes hayan cometido la infracción previa a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. De este modo, cualquier operación de esta índole que careciese de tal intención, no podría integrar la conducta típica, lo que permitía afirmar la naturaleza encubridora de la figura que nos ocupa. Pues bien, esta exigencia se ha omitido en el artículo 2.1 del Reglamento Modelo; lo que induce a pensar que si para apreciar un ilícito penal basta con que la conversión o transferencia involucre bienes ilícitamente obtenidos, desatendido el objetivo pretendido por el autor, es porque, además de la Administración de Justicia, se están tomando en consideración otros intereses dignos de protección, tales como el orden socioeconómico³³.

El tercer aspecto en el que ambos textos difieren es en el tratamiento jurídico penal que merece la adquisición, posesión y utilización de los bienes cuyo origen es la comisión de un delito de narcotráfico, pues mientras que la Convención de Viena, como se recordará, prevé la incriminación facultativa de tales actos y, sólo en el supuesto de que el sujeto tenga conocimiento de su origen en el momento de recibirlos, el artículo 2.2. del Reglamento dispone su tipificación obligatoria por parte de los Estados, incluso en el caso de que no exista un conocimiento cierto en relación con la procedencia.

5. El tipo penal de Legitimación de Capitales en la Legislación Penal Nicaragüense

Para el Profesor español DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA el tipo "es el elemento del delito que sirve para plasmar el principio de legalidad penal³⁴, destacando que de entre las diversas acciones antijurídicas, más o menos graves, sólo son delictivas aquellas seleccionadas por la ley penal, y que, gracias a la definición legal de los diversos elementos de una acción, sirve también para distinguir unas clases o figuras delictivas de otras"³⁵.

33 En efecto, atendiendo a la afección que el fenómeno de legitimación de capitales tiene en el orden socioeconómico, es preciso decir que es indiferente el fin que persiga el autor, pues lo relevante es el flujo de dinero ilícitamente obtenido que aflora y que, será más perjudicial cuanto mayor sea éste.

34 También conocido como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, supone que sólo la ley aprobada previamente por el Parlamento puede definir las conductas que se consideren delictivas y establecer sus penas. Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Curso de Derecho Penal...", op. Cit., p. 81

35 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Curso de Derecho de Derecho...", op. Cit., p. 296.

El tipo objetivo puede estar conformado de diferentes maneras, según los elementos que los constituya: el bien jurídico protegido, la conducta típica, el objeto material, el o los sujeto (s), la culpabilidad y la penalidad, entre otros.

5.1 Bien jurídico protegido

La confusión reinante en torno a la concreción del bien jurídico en el delito de legitimación, no es problema exclusivo del legislador nicaragüense, ya tales debates se han centrado en otros países. De este dato podemos inferir una primera conclusión: la discusión sobre el bien jurídico en este delito va más allá del acierto o infortunio con el que el legislador de cualquier país haya regulado la legitimación³⁶, llegando a cuestionar la misma necesidad de incriminar la legitimación.

5.1.1 Observaciones de la legitimación como un delito uni-ofensivo

Todas las observaciones que a continuación se recogen tienen en común defender que el bien jurídico que justifica la intervención del Derecho Penal para incriminar la legitimación es único, no múltiple, y a pesar de que eventualmente la legitimación pueda poner en peligro o lesionar los intereses.

5.1.1.1 Administración de Justicia

Entre la doctrina Hispanoamérica y Europea es unánime la opinión de que la legitimación atenta contra la Administración de Justicia. Así, muchos doctrinarios subrayan que éste es el bien jurídico protegido.

5.1.1.2 La Seguridad Jurídica

EDWING CORDELO ARDILA³⁷ de alguna manera propone que “el delito de legitimación también protege la seguridad de la nación nicaragüense”, es de-

³⁶ De hecho, el análisis del bien jurídico se presta, quizá más que ninguna otra categoría de la teoría del delito, a fusionar la dogmática con la política criminal, a ir de la letra de la ley a la propuesta *de lege ferenda*, y viceversa. Si además tenemos en cuenta que la legitimación es un problema de dimensiones internacionales, y que sólo puede ser superado respetando la armonización pretendida desde foros supranacionales, no encontramos ningún inconveniente para tener en cuenta la opinión sobre el bien jurídico del delito de legitimación que tienen autores de otros países, al tiempo que analizamos esta misma controversia en nuestro país.

³⁷ Entrevista concedida por el jefe Director de la Policía Nacional, Comisionado Mayor Edwin Cordero Ardila, al Noticiero Noticias 10, del Canal 10 de Televisión, el día doce de diciembre del año 2002.

cir, la paz jurídica, argumentando que la intención del legislador fue la de combatir el crimen organizado, y muy concretamente impedir que la mafia se inbuya en nuestra sociedad.

5.1.1.3 El bien jurídico protegido por el delito previo

La realización de la legitimación implica necesariamente la realización anterior de otro ilícito, de un delito grave que origina la riqueza que se pretende aflorar a la economía legal, que llamaremos delito previo³⁸. La consideración de que la legitimación comparte el bien jurídico con el delito previo está sin duda influenciada por la "Teoría del Mantenimiento", de CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO, que la elaboró en el ámbito de la receptación, para explicar la autonomía de este delito con relación al encubrimiento, sobre la base de que la receptación mantiene o incrementa la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico protegido que tutela el delito del que proceden los bienes³⁹.

5.1.1.4 El Orden Socioeconómico

Son varios los autores que sostienen que la protección de intereses de carácter macroeconómico supone la determinación del bien jurídico de la legitimación de capitales⁴⁰. Otros autores han sostenido, *de lege ferenda*, que el bien jurídico protegido por la legitimación de capitales tiene un carácter económico, concretamente la protección de la libre competencia. En una correcta competitividad económica todos los que intervienen en los mercados respetan las mismas reglas; en el caso de determinadas instituciones del sector financiero cuenten con recursos de origen ilícito se desestabiliza el normal tráfico económico. En ese mismo sentido hay quienes han argumentado que la competencia es el bien jurídico tutelado por la legitimación de capitales, concretamente la "distribución de oportunidades y puntos de partida juntos en relación con el patrimonio y la posibilidad de demandar bienes y prestaciones de servicios"⁴¹.

38 Esta terminología, muy extendida en la doctrina que ha estudiado el delito de legitimación de capitales, pretende eludir los conceptos de delito de referencia o de delito principal, que sugieren una falta de autonomía de la legitimación, y resultan más acorde con una concepción de la receptación o el encubrimiento como un *auxilium post delictum*.

39 Sobre la Teoría del Mantenimiento, *vid.* Concepción CARMONA SALGADO, "La receptación", en Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la propiedad, 1995, p. 244.

40 *Vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco. "La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico", en Cuadernos de Política Criminal, p. 717; Del Carpio Delgado, Juana. "El delito de blanqueo de bienes...", *op. Cit.*, p. 79.

41 *Vid.* COLOMBO, Gerardo. "El delito...", *op. Cit.*, p. 34.

5.1.2 Observaciones de la legitimación como un delito pluri-ofensivo

Ante la inexistencia de un único bien jurídico protegido por el lavado de dinero o legitimación de capitales, cada vez más son los autores que optan por la consideración del lavado o legitimación como un delito pluri-ofensivo.

5.1.2.1 El orden socioeconómico y la Administración de Justicia

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC y TOMÁS VIVES ANTÓN consideran que la legitimación compromete el orden socioeconómico, concretamente porque dificulta la transparencia del sistema financiero, pero por su naturaleza encubridora también advierte que se lesiona la Administración de Justicia, por lo que concluyen que nos encontramos ante un delito pluriofensivo⁴². Para estos autor, la elevada pena de la legitimación es producto de esa característica pluriofensiva. También PEDRO ZAMORA SÁNCHEZ⁴³ y CATY VIDALES RODRÍGUEZ⁴⁴ subrayan que el lavado o legitimación es un delito pluri-ofensivo.

5.2 Sujetos

5.2.1 Sujeto activo

El delito de legitimación es un tipo común que puede ser realizado por cualquier ["el que..."]⁴⁵, sin que el legislador haya establecido condición alguna que modifique la amplitud de esa cláusula. Pese a ello, se discute si el autor o participe en el delito previo puede responder por la legitimación de los bienes que tengan su origen en tal delito, y la actuación en nombre de personas jurídicas también puede ser en algunos casos fuente de controversias⁴⁶.

42 Consideran que la inclusión de la multa proporcional, así como la ausencia de limitación de la pena sobre la base de la impuesta para el delito previo, son buenos argumentos a favor de esta tesis. Vid. VIVES ANTÓN, Tomás y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás VIVES ANTÓN (Coordinador), *"Comentario al Código Penal de 1995"*, Marcel Pons, T. II, p. 1464

43 Vid. ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro. *"El marco jurídico..."*, op. Cit., p. 73.

44 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *"El delito de legitimación..."*, op. Cit., p. 100.

45 La mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno han eludido la configuración de un delito especial.

46 Asimismo, debemos de tener en cuenta que existen tipos agravados en base a ciertas condiciones del sujeto activo, como son su pertenencia a una organización dedicada a la legitimación (artículo 62 a Ley No. 285).

5.2.1.1 Personas jurídicas

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no cobra en el delito de legitimación perímetros distintos de los que presenta la Parte General del Derecho Penal. Además, siendo la legitimación un tipo común, el sostenimiento del citado principio no plantea peculiares problemas en materia de autoría y participación. Pero a pesar de ello y desde una perspectiva estrictamente criminológica, esta cuestión tiene una especial repercusión práctica en algunos delitos, en general encuadrables en la categoría de los delitos socioeconómicos, como es la legitimación de capitales⁴⁷. Tan es así, que el GAFI, en su recomendación 6^a insinúa sin ambages: “En la medida de lo posible, las empresas mismas, y no sólo sus empleados, deberían estar sujetas a responsabilidad penal”. No hemos querido concluir el apartado del sujeto activo sin hacer mención de los casos en los que una persona física realiza operaciones de legitimación adhiriéndose a la estructura de una persona jurídica⁴⁸.

En nuestra legislación existe una incongruencia entre el receptor de la normativa preventiva, de carácter administrativo, y el receptor de la normativa represiva, de carácter penal. Esa misma observación es trasladable a las normativas impuesta por la Superintendencia de Bancos a las instituciones financieras (Normativa de la Superintendencia de Bancos del 4 de abril del año 2002) – personas jurídicas-, mientras que la vigencia del principio *societas delinquere non potest* hace que las normas penales se dirijan principalmente hacia personas físicas.

5.2.2 El sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el Estado, pues es el titular de el bien jurídico protegido en la legitimación [el orden socioeconómico, la administración de justicia]. Por otra parte, tampoco resulta claro quién es el sujeto pasivo de la acción, pues, como lo señala JUANA DEL CARPIO DELGADO, nula o escasa es la relación del titular del bien jurídico protegido en el delito previo con el valor tutelado en la legitimación⁴⁹. Lo mismo podemos decir del perjudicado, pues es prácticamente imposible delimitar el daño sufrido por cada uno de los agraviados

47 Recuérdese que los grandes procesos por legitimación a nivel internacional han tenido como protagonistas a grandes instituciones financieras, como, por ejemplo, Bilbao Vizcaya, Santander, Bancomer, etc.

48 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. “El delito de legitimación...”, op. Cit., p. 112.

49 Vid. DEL CARPIO DELGADO, Juana. “El delito de blanqueo...” op. Cit., p. 285.

por la legitimación de capitales, por lo que la doctrina coincide en resaltar que estamos ante un delito sin víctima, o mejor dicho, sin víctima concreta.

5.3 Objeto Material

No cabe duda de la íntima relación que existe entre el tráfico de drogas y la legitimación de capitales. Es así, que es posible afirmar que la preocupación de nuestros legisladores por sancionar la legitimación de capitales surge de la necesidad de poner fin a la narcoactividad, puesto que es una medida eficaz en la lucha contra el narcotráfico⁵⁰.

La voluntad del legislador de tipificar la legitimación de capitales con un instrumento eficaz de lucha contra el crimen organizado mediante la retención, embargo, secuestro y decomiso⁵¹, le llevó a la exigencia de que los valores patrimoniales tuviesen que proceder de un delito grave, reflejando así la inevitable y cuasi instintiva asociación entre la legitimación y tráfico de estupefacientes.

5.4 Conducta Típica

Los artículos 61, 62 y 63 de la Ley No. 285 contienen una serie de conductas, sancionadas con la misma pena, que componen el tipo básico, y podemos esquematizarlo de la siguiente forma: A) Adquirir, convertir o transmitir bienes de los cuales se conoce su procedencia de un delito grave; B) Realizar otro acto para: - ocultar o encubrir su origen ilícito; -ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos; C) Ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, derechos o propiedad de esos bienes.

A nuestro criterio, el tipo básico se encuentra disperso en varias acciones, contenidas tanto en el tres párrafos del artículo 61 de la Ley No. 285, como en los restantes artículos 62 y 63. Así, estamos frente a un tipo mixto alternativo, de modo que la realización de más de las conductas descritas resulta penalmente

50 Para hacer esa afirmación taxativa nos basamos en la "interpretación sistemática", en donde se sostiene que los Códigos son un todo orgánico y sistemático, siendo además sus preceptos supletorios respecto de las leyes penales especiales, de tal forma que las palabras y disposiciones legales están normalmente coordinadas entre sí e integradas en un sentido genera, de lo que se deduce que puede y debe atribuirse un significado lógico a la utilización de un mismo concepto con un determinado sentido en otros preceptos, tanto más si se trata de preceptos próximos o integrados en una misma división dentro de la ley, o la sustitución de un precepto en el sistema general de una ley (LUZÓN PEÑA, D. M., "Curso de Derecho Penal...", op. cit., p. 168).

irrelevante. Pero ¿cuáles son las razones que han llevado al legislador a formular un tipo abierto? Consideramos que se debe al temor de olvidar alguna conducta, unido al deseo de reunir en un solo precepto lo antes disperso.

5.4.1 Adquirir bienes de ilícita procedencia

La adquisición supone la incorporación del bien a un nuevo patrimonio por medio de cualquier título, oneroso o gratuito. Este término abarca, en consecuencia, un conjunto amplísimo de situaciones, algunas de ellas quizá no merecedoras de una respuesta penal tan severa como es incluirlas en el delito de legitimación. Tal es el caso de simple posesión fáctica de los bienes⁵².

5.4.2 Convertir bienes de ilícita procedencia

La conversión implica la transformación de los bienes en activos de cualquier tipo, o su transmutación en otros⁵³. Este planteamiento de incluir en la descripción de la conducta típica el cambio o mutación de los bienes es ajeno a la concepción tradicional de la recepción, pero resultaba de vital importancia en la legitimación, pues, como tuvimos ocasión de analizar, muchos procesos de legitimación se caracterizan por sucesivas transformaciones del bien que proviene directamente del delito previo⁵⁴.

5.4.3 Transmitir bienes de ilícita procedencia

La transmisión se produce mediante cualquier forma de transferencia, cesión o traspaso de los capitales a terceras personas. Adquisición y transmisión parecen contemplar los dos extremos de un mismo desplazamiento patrimonial, pues para transmitir se debe haber adquirido anteriormente, y quien recibe el bien transmitido lo adquiere.

5.4.4 Realizar cualquier otro acto para encubrir el origen del bien o ayudar a quien intervino en el delito previo

Algo que nos llama a la reflexión, es la expresión “o realice cualquier otro acto...”. Con ello se introduce en este tipo básico de legitimación una lista abierta de conductas, sin duda poco respetuosa por su indeterminación con el mandato

51 Ver artos. del 82 al 88 de la Ley No. 285.

52 Por el contrario, Cfr. MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco. *“Delitos Socioeconómicos...”*, op. Cit., p. 387

53 Coincide en una definición similar ROMERAL MORALED A, Antonio y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. *“Tráfico y Consumo de Drogas...”*, op. Cit., p. 216.

54 También valora muy positivamente esta referencia BLANCO CORDERO, Isidoro. *“El delito de blanqueo de capitales...”*, op. Cit., p. 311.

de la certeza. Tal introducción modifica sustancialmente la interpretación de todo el tipo penal respecto al que constituye su antecedente inmediato. Por ese segundo efecto, no creemos exagerado afirmar que la pequeña variación del tenor literal del artículo ha supuesto un giro radical en su ámbito de aplicación.

5.4.5 Ocultación o encubrimiento de bienes

Cuando se oculta o encubre el origen ilícito, se está dificultando el descubrimiento del delito, y, por tanto, se está ayudando a sus responsables a eludir las consecuencias legales que pudieran derivarse del mismo, por ello, en realidad, la primera proposición no es sino una variante de la segunda, por lo que su inclusión en los artículos 61 y 62 de la Ley No. 285 es innecesaria. No existe diferencia entre "ocultar" y "encubrir" el origen de los bienes. Ambos términos resultan sinónimos de esconder, disimular o camuflar el rastro que une al bien con su ilícita procedencia. El legislador pudo economizarse alguna de estas dos palabras.

6. Culpabilidad

No nos vamos a ocupar en este estudio de las distintas causas de inimputabilidad, pues rigen las reglas generales aplicables a cualquier delito, sin que la configuración del precepto nos lleve a apreciar particularidades que justifiquen una atención específica.

6.1 Dolo

Estudiaremos la exigencia del conocimiento de la proveniencia lícita de los bienes. MANUEL COBO DEL ROSAL llega incluso a identificar el conocimiento de esta circunstancia con el dolo⁵⁵, pero no lo agota, exigiendo la comisión dolosa que también se conozcan los restantes elementos típicos de la legitimación⁵⁶. También nos ocuparemos del momento en el que se exige la concurrencia del conocimiento de esos elementos, así como las repercusiones que, en su caso, pudiera tener el *dolo subsequens*. Luego nos centraremos en la admisibilidad del dolo eventual.

55 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General", 1996, p. 551.

56 En este sentido, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. "El Blanqueo de Capitales...", op. Cit., p. 499.

6.1.1 Conocimiento de la proveniencia ilícita del bien

El dolo implica conocimiento de todos los elementos del tipo penal, así como la conciencia de realizar la conducta descrita en el tipo y que ésta es antijurídica. No obstante, en el caso del delito de legitimación de capitales hay uno de los elementos del tipo cuyo conocimiento ha sido resaltado por el legislador: el conocimiento de que el bien tiene su origen en un delito grave: el narcotráfico. En efecto, los artículos 61, 62 y 63 de la Ley No. 285 exigen que el sujeto activo realice la conducta "a sabiendas" que estos bienes tengan su origen en un delito grave. Para algunos autores estamos ante un elemento subjetivo del tipo⁵⁷, para otros, el conocimiento cumple la doble misión de delimitar el tipo como elemento subjetivo, pero también forma parte del elemento intelectual del dolo⁵⁸. Por nuestro lado, consideramos que estamos ante requisito del elemento cognoscitivo del dolo. El dolo tiene que ver con la intención que mueve la voluntad y no con una condición previa al hecho como puede ser conocer o desconocer algo, pero esta objeción parece desconocer la clásica división entre el aspecto volitivo y el aspecto cognoscitivo del dolo.

En nuestra opinión, la función de esta previsión es resaltar que el elemento cognoscitivo del dolo incluye la exigencia de que el autor conozca la realización del delito previo del que provienen los bienes. Se trata de una referencia innecesaria, pues si se exige que los bienes provengan de un delito, no es necesario subrayar que el dolo del autor debe abarcar tal elemento del tipo.

6.1.2 Admisibilidad del dolo eventual

Vamos a analizar los diferentes elementos del tipo que pudieran ser incompatibles con el dolo eventual. A) A sabiendas: es una expresión que admite tanto el dolo directo como el dolo eventual. B) El ánimo de lucro se presume por lo que el delito se comete con dolo genérico directo, excluyéndose el indirecto y el eventual.

6.2 El tratamiento del error

Partidarios de la denominación error de tipo y error de prohibición, y prescindiendo, por no considerarlo adecuado a los fines del presente trabajo, del debate doctrinal acerca del distinto tratamiento del error de prohibición en la teoría del dolo o de la culpabilidad, centraremos nuestro análisis en la proble-

57 ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "Receptación y Blanqueo de Capitales", op. Cit., p. 469.

58 VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. "Los delitos de receptación y blanqueo de capitales...", op. Cit., p. 115.

mática del error, en materia de legitimación de capitales, a la luz de la Ley No. 285 vigente.

6.2.1 Error de tipo

Aquél en el que “el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere todos los elementos del tipo injusto”⁵⁹, habrá que apreciar su existencia en el supuesto en que el sujeto activo crea, erróneamente, que los valores patrimoniales proceden de una actividad lícita cuando de hecho lo son de un delito grave. Al haber actuado bajo la influencia de una apreciación errónea de los hechos, será juzgado según esa apreciación si le es favorable. Pese a la evidente falta de claridad del legislador nicaragüense, habrá que concluir que la invencibilidad del error de tipo conduce a la exención de responsabilidad criminal, pues cualquier otra solución se nos antoja, cuanto menos, de difícil aceptación.

6.2.2 Error sobre la prohibición (o sobre la significación antijurídica de la conducta)

Aquél por el que el autor cree que actúa conforme a Derecho cuando en realidad no es así, el legislador nicaragüense amplía ilimitadamente el arbitrio judicial al otorgarle la facultad de atenuar o excluir libremente la pena. Si el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta determina la existencia de un error de prohibición, se ha planteado por parte de la doctrina si ese desconocimiento ha de alcanzar al ordenamiento jurídico en su conjunto o, más específicamente, a la antijuridicidad penal.

7. Pena

Las penas privativas de libertad establecidas oscilan entre de cuatro a veinte años, más multa correspondiente al doble del valor de los bienes objeto del proceso, según los artos. 61 y 62 de la Ley 285, presentando el factor común de no guardar proporción alguna con las sanciones previstas en relación con infracciones que estimamos ampliamente coincidentes, como el encubrimiento⁶⁰

59 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Curso de...”, Op. Cit., p., 440.

60 Efectivamente, la pena prevista para el delito de encubrimiento en los países en los que tales conductas se sancionan con independencia del delito previamente cometido, puede oscilar entre cinco meses y dos años hasta un máximo de seis; correspondiendo la pena más elevada a Perú (de dos a seis años) y la más leve a México (de cinco meses a dos años). En consecuencia, se trata de una penalidad notoriamente más benigna que la prevista en relación con los delitos de legitimación.

y la receptación⁶¹; figuras éstas con las que, debido a su evidente parentesco, se producirán no pocos problemas concúrsales⁶². Pero, además, a diferencia de lo que ocurre con estos delitos afines, la pena prevista para el legitimador no se limita en relación con la que corresponda al autor del delito principal, tratándose, en muchos casos, de consecuencias jurídicas análogas⁶³.

Ahora bien, a la hora de individualizar la pena correspondiente han de tenerse en cuenta, además, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que se ha previsto. Así es sumamente frecuente que la ya de por sí severa pena de privación de libertad se vea incrementada cuando quien realiza la conducta típica pertenezca a una organización delictiva dedicada a estos fines, lleve a cabo tal comportamiento en el ejercicio de una actividad profesional o, el hecho revista especial gravedad.

8. Conclusiones

La expresión "Legitimación de capitales" puede y debe utilizarse en un sentido técnico para referirse al delito que ha sido objeto de nuestra investigación. Ello no impide que eventualmente, y tan solo por motivos estilísticos, se recurra a términos menos precisos (lavado de dinero, blanqueo, reciclaje, etc.).

Consideramos que la Legitimación de Capitales puede definirse como la incorporación a la economía legal de bienes que tienen su origen en un delito producto de la narcoactividad. Se trata de un concepto en el que hemos eludido premeditadamente la idea de encubrimiento de los bienes.

Casi todos los autores dividen el proceso de Legitimación de Capitales en fases. De este modo se han elaborado modelos teleológicos, naturalistas, circula-

61 El mismo fenómeno observado en relación con el encubrimiento, se advierte respecto del delito de receptación. En este caso, las penas privativas de libertad van desde los tres meses y tres años -como es el caso de México- hasta los diez años que prevé el legislador penal norteamericano. En relación con este delito, sorprende que las penas sean significativamente más leves que las que se establecen para el blanqueo, cuando en el primer caso se requiere como elemento configurador del injusto un propósito lucrativo del que se omite toda referencia cuando se incrimina la legitimación de capitales.

62 Al respecto, VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *"Los delitos..."*, op. Cit., p. 150.

63 Por poner tan sólo un ejemplo, adviértase que en Francia, la pena prevista para el legitimador es idéntica a la que corresponde al autor de un delito de tráfico de drogas, con la única diferencia de la sanción pecuniaria que es mucho más alta en este último supuesto (50 millones de euros, frente a un millón de euros, en caso de tratarse de legitimación)

Aunque criminológicamente la legitimación pueda incluirse en la categoría de criminalidad de segundo grado o inducida (delito dependiente), por la sencilla razón de que si no existe un delito previo que genera un beneficio ilícito no surge la necesidad de legitimarlo, ello no implica que dogmáticamente la legitimación no pueda configurarse como delito autónomo, pues la entidad de la lesión al bien jurídico producida por el delito que originó los bienes, en absoluto afecta a la lesión del interés que *de lege ferenda* debe proteger la legitimación, esto es la lealtad en la competencia. Por ejemplo: pueden existir estafas astronómicas. La lesión del bien jurídico en la legitimación no debe depender de la gravedad del delito.

La conducta típica de la legitimación debe centrarse en la transmisión y en la conversión de bienes de procedencia ilícita. No incluimos expresamente la adquisición en la conducta típica de este delito, porque no es mas que la otra cara de la transmisión, que es por naturaleza un acto bilateral. Así, el adquirente que cumpla con los restantes elementos del tipo responderá como participe en la transmisión realizada por otro. Y la exclusión del tipo penal de legitimación de capitales del adquirente, con su correlativo tratamiento como participe en el hecho ajeno, tiene la ventaja de valorar mejor el contenido de injusto de la aportación del adquirente. Así, éste responderá normalmente como cómplice, aunque no se descarta la posibilidad de que eventualmente responda como cooperador necesario de la legitimación, o como inductor del delito previo.

En cuanto a la pena, el límite máximo de la misma, veinte años, resulta excesivo, debiéndose bajar hasta diez años como máximo. Por otra parte, con ello se reduciría el amplísimo margen discrecionalidad judicial que deja la pena actual, atendiendo al criterio de proporcionalidad de la pena, se debe reducir penas o despenalizar ciertas conductas que implican una lesión a la ordenanza socioeconómica.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, Miguel. *"Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento español"*, Tesis Doctorales, 2001.
- ACKERMANN. *"Money Laundering"*, Suiza, 1990
- ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *"El delito de Blanqueo de Capitales"*, Marcel Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- ASAMBLEA NACIONAL. *"Ley No. 285, Ley de Estupefacientes, Sicotrópicos y Otras Sustancias Controladas; Lavado de Dinero y Activos provenientes de Actividades Ilícitas"*.

- ASAMBLEA NACIONAL. "Ley No. 314, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros".
- ASAMBLEA NACIONAL. "Ley No. 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras".
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Derecho Penal Económico, aplicado a la actividad empresarial", Madrid, Civitas, 1978.
- BERNASCONNI, Paolo. "Legitimación y Crimen Organizado", Finanzas, 1989.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. "El tipo de blanqueo de capitales", Pamplona, Arazandi, 1997.
- COBO DEL ROSAL, Manuel. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Contra la Propiedad", Madrid, Edersa, 1992.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte Especial", Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- COLOMBO, Gerardo. "El Reciclaje", Milano, Guiffré, 1990.
- Constitución Política de la República de Nicaragua.
- CUISSET, André. "La experiencia francesa y la movilización internacional de la Lucha Contra el Lavado de Dinero", Procuraduría General de la República, 1996.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana. "El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal", Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas", Ed. Tecnos. Madrid, 1989.
- ESCOBAR, Raúl Tomás. "El crimen de la droga", Bs. As. Universidad, 1992.
- FABIÁN CAPARROS, Eduardo. "El delito de Blanqueo de Capitales", Madrid, Colex, 1998.
- GÓMEZ INIESTA, Diego José. "Medidas Internacionales contra el blanqueo de Capitales y su reflejo en el Derecho Español", Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.
- LAMAS PUCCIO, Luis. "Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero", Lima, 1992.

- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General", Hispamer, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal, Parte Especial", Tirant lo Blanch, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Comentarios al Nuevo Código Penal", Pamplona, Arazandi, 1996.
- ROMERAL MORALEDA, Antondio y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. "Tráfico y Consumo de Drogas", Granada, Comares, 1993.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. "El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada", Miami, CAJ, 1998.
- VIVES ANTÓN, Tomas. "Derecho Penal. Parte Especial", Tirant lo Blanch, 1996.
- WWW.MONEYLAUDERING.COM
- ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro. "Marco jurídico del Lavado de Dinero", Oxford UNIVERSITY PRESS, México, D.F 1999.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas", Grupo Santander, 1993.
- ZÜND, André. "El lavado de dinero y sus conformaciones", Marcel Pons, Madrid, 1990.

